

法学方法与 现代民法

(第五版)

黄茂荣 著



法学家书坊

JURISTS SERIES



www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



- 法学方法对于现代民法及各种法律之发展的影响很大。本书主要在介绍并演习法学方法在民法之研究上的应用情形，以从其中认识法学方法。


——黄茂荣

法律出版社·法学学术出版分社



law academic 学笃定 术专攻

上架建议：民法·法学方法

 **独角兽工作室**
平面设计

ISBN 978-7-5036-7565-2



9⁷⁸⁷⁵⁰³675652 >

定价：45.00元

docsriver.com商家本本商家

法学家书坊

JURISTS SERIES

法学方法与 现代民法

(第五版)

黄茂荣 著

图书在版编目(CIP)数据

法学方法与现代民法 / 黄茂荣著. —5 版. —北京: 法律出版社, 2007. 9

(法学家书坊)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7565 - 2

I. 法… II. 黄… III. 法学—方法论—影响—民法—
法的理论 IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 129958 号

© 法律出版社·中国

法学家书坊

法学方法与现代民法
(第五版)

黄茂荣 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.75 字数 600 千

印次 2007 年 10 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7565 - 2

定价:45.00 元

出版者语

吾国固有法学，而今日意义之法学，大率于20世纪开初始之。其始也，有四标志为证：一者为西学中法律与法学之引进；二者为法律制度之建立与法律实践之展开；三者为法学作为一门学科之独立化；四者为法学家作为一种职业之独立化。

其后数十年，此四者皆得其进。法学家则层出不穷，如众鱼跃潭。英德日美“海归”之士，东吴朝阳本土之生，议场争，法庭辩，学府研，著作出，其情状，吾人思之不能不喜。

同时，吾人亦见：法学之发展，并非常存和平与有秩序之环境。20世纪，吾国历沧海桑田，自城市而乡村，多逢遭战火动荡，政经局势往往不数年一变。当其之时也，法学家固徒为浩叹，学不能致用者有之，学不得独立者有之，甚或无基本书可读，若文革，则法学院关，法学家放，其情状，吾人思之又不能不悲，亦知法学家之艰难与坚韧也。

20世纪80年代以来，国族经改乃起，法学亦中兴，前述四者，正倍历“后发学术”之优势劣势：眼光

开处,有得世界前沿之学,通本国实践者;视野狭时,亦有闭门造车而自满,浮躁于学术废品之制造者。

百年而还,视吾国法学,吾人一则以喜,一则以忧。忧也者,法学命运多舛,感叹欷歔;喜也者,百年法学固有不足,然沉潜与坚毅之法学人,所在亦多矣。喜忧而后,应读者之召唤,传学术之薪火,则亦为出版人之天职也。名山旧卷,大家新著,誊而版之,不亦乐乎,不亦已任乎?

此“法学家书坊”,正取意为二:面朝既往,录百年之佳作;面朝未来,求新生之巨篇。“法学家”,职业也,亦桂冠也。愿吾人以为学术负责之敬畏心,记录法学,书写过去与未来之法学史。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

二〇〇六年一月

五 版 序

仔细观察先进国家之法学与法制不难发现,法学方法对于现代民法及各种法律之发展的影响很大。本书的写作主要在介绍并演习法学方法在民法之研究上的应用情形,以从其中认识法学方法。其中并穿插税捐法的案例,以扩大关于法学方法之运用的视野。第一章法源论之所以主要以税捐法为说明的对象,主要在于税捐之课征有税捐法定主义的适用,法源的重要性特别明显。关于法学方法在税捐法之运用,另在《法学方法与现代税法》中论述。该书第1、2册已分别于2005年9、10月出版。

对于本书的内容一直感觉不满意,久思全面检讨改写,到这次终于下定决心,抛下所有迫切必须进行的专题研究工作,把所有的时间集中到本书的改作上。然由于受限于时间,还不能做到如意。有一些还必须等到债法及税捐法之实体法写作告一段落,以及法哲学、法社会学和法经济学的研习有进展后,才能完整增补重写。

法学方法的学习,笔者承王泽鉴老师的启蒙,

本书的写作承郑玉波老师的关心、鼓励,衷心感激。历年及目前在植根杂志社从事相关资料之整理、计算机化工作的同仁,给我很大的帮助。大恩不言谢。他们的功德只能乞求上苍赐福于他们。最后也要感谢我的父亲及博士论文的指导教师 Dr. h. c. Josef Esser,无限怀念!在本书繁体字第5版出版后,林清贤先生对于本书中的疏漏仔细审校,作者除感谢一一订正外,特别在此向他致谢!

最后,我应特别感谢使本书能够顺利出版的刘剑文教授。没有他在百忙中还尽心尽力帮忙,本书一定不能这么快就以新的面貌与读者见面。这是无私益友的典范。此外,也要感谢李传敢先生、张越女士及法律出版社的先生女士们为本书烦琐再版工作给予的体谅与付出的辛劳。

学无止境,敬请各方贤达惠予指教,笔者将很感激。

黄茂荣

2007年2月2日

于台大法学院综合研究大楼研究室

序

现代民法受法学方法的影响很大。本书的写作主要在说明法学方法对现代民法的影响,并从其中认识法学方法,以及训练运用法学方法进行说理的能力。

法学的现代化系于法学方法的认识、接受与应用,不然,小则免不了各说各话,不能客观严谨地论断是非,大则免不了强词夺理,根据主观利益颠倒是非。

科学方法到目前的成就,虽然不是处处皆已能肯定指出正义何在,但基本上已能使法律的运作脱离人治的擅断,愿本书能有助于这个共识的形成。

法学方法的学习,笔者承王泽鉴老师的启蒙,本书的写作承郑玉波老师的关心、鼓励,衷心感激。本书写作过程中,历承陈民拥、杨盘江、陈昭华、谢铭洋、张慧真、王慧芬、黄秀兰的协助并提供宝贵的意见,并此申谢。

学无止境,凡所论述若有未当失真,敬请前辈及后起之秀多予指教,笔者将很感激。

黄茂荣

1982年5月11日

于台大法学院综合研究大楼410室

黄茂荣

学历

台湾大学法学学士

台湾大学法学硕士

德国杜宾根大学法学博士

经历

美国私立华盛顿大学博士后研究员

前“行政院”公平交易委员会委员

连震东先生纪念讲座（法政讲座）

现职

台湾大学法学院教授（1982/08~）

台湾大学终身特聘教授（2006/08~）

台湾大学讲座教授（2006/08~2009/07）

目 录

第一章 论法源 / 1

一、法源的意义 / 2

二、法源的表现形式 / 5

A. 制定法 / 6

B. 法院的裁判 / 6

C. 习惯法 / 12

D. 契约或协约 / 14

E. 学说 / 14

F. 国际法 / 15

三、法规性命令 / 16

四、行政规则 / 20

五、自治法规 / 26

六、税法上之法规性命令 / 27

A. 国会保留 / 28

B. 如何委任立法 / 32

七、法规性命令在台湾地区之适用情形 / 38

A. 法规性命令之制定应经法律授权 / 38

B. 如何授权 / 40

C. 法规性命令不得超越母法 / 41

D. 以法规性命令规范税捐构成要件 / 41

八、法规位阶构造 / 46

A. 位阶构造及其抵触之效力 / 46

B. 无效或得宣告为无效 / 48

C. 抵触之疑义的解释 / 50

九、“最高行政法院”之判例 / 52

十、结论 / 53

第二章 法律概念 / 56

一、探讨法律概念与法律体系的重要性 / 58

二、概念之定义 / 59

三、概念之建构 / 59

A. 方法:舍弃不重要之特征 / 59

B. 取向 / 65

C. 作用 / 72

D. 副作用 / 79

四、概念之演变 / 107

A. 法律概念之历史性 / 107

B. 取向于目的、价值而演变 / 108

C. 学说上的见解 / 109

D. 规范目的对法律概念之意义的影响 / 113

五、法律概念之位阶性:体系化的基础 / 125

A. 由抽象程度所构成的位阶 / 125

B. 由负荷之价值所构成的位阶 / 126

C. 概念与类型谱 / 130

第三章 法律规定之逻辑结构 / 131

一、法规之存在上的逻辑结构 / 132

- A. 法条、法律规定与法规 / 132
- B. 法条或法律规定的性质 / 141
- C. 法条之种类 / 152
- D. 法条或法律规定间之竞合关系 / 206

二、法律之适用上的逻辑结构 / 222

- A. 确定法律效力的三段论法 / 222
- B. 小前提之认定：法律事实之涵摄于构成要件 / 225
- C. 经由三段论法之结论导出个案的法律效力 / 226

第四章 法律事实的认定 / 229

一、生活事实与法律事实 / 230

- A. 生活事实 / 230
- B. 法律事实 / 236
- C. 法律事实的种类 / 244
- D. 以法律关系为构成要件要素或法律事实 / 247

二、在法律事实的认定上所必要的判断与评价 / 247

- A. 法律事实之判断的基础 / 248
- B. 法院所享有之判断余地 / 269

三、法律行为 / 272

- A. 法律行为在规范上之地位 / 272
- B. 法律行为的解释 / 276
- C. 法律行为与有名契约 / 279

四、法律事实之认定 / 291

- A. 实质之真实的探知 / 291
- B. 法律问题与事实问题之区别 / 296

第五章 法律解释 / 299

一、法律解释的概念 / 300

前言 / 300

二、法律解释的标的 / 323

三、法律解释的目标 / 324

A. 主观说 / 325

B. 客观说 / 327

C. 折中说 / 330

四、法律解释的因素 / 332

A. 范围性因素 / 334

B. 内容性因素 / 342

C. 控制性因素 / 358

D. 解释因素相互间的关系 / 359

五、经济观察法 / 360

六、结论 / 368

第六章 法律漏洞及其补充的方法 / 370

一、法律漏洞的概念 / 372

A. 法律 / 372

B. 漏洞 / 375

C. 法律的漏洞 / 377

二、法律漏洞之发生原因 / 427

三、法律漏洞的种类 / 427

A. 本文的观点 / 427

B. 文献上重要的分类 / 428

四、法律漏洞的认定 / 440

五、法律漏洞的补充 / 442

A. 法律漏洞之补充的必要性 / 442

B. 法律漏洞之补充的性质 / 444

C. 法院之补充法律的权限 / 451
六、法律补充的取向 / 462
七、法律补充的因素 / 464
八、法源与法律补充 / 467
九、法理与法律补充 / 472
A. 法理在民事法上的地位 / 472
B. 法理之存在态样 / 473
十、补充法律的方法 / 491
A. 类推适用 / 492
B. 目的性限缩 / 495
C. 目的性扩张 / 499
D. 创制性的补充 / 503
第七章 法律体系 / 506
一、体系的发生背景 / 508
二、体系化之存在论上的基础 / 511
A. 形式逻辑之最高原则在存在论上的基础 / 512
B. 法律逻辑之最高原则在存在论上的基础 / 513
C. 法律伦理在存在论上的基础 / 516
三、体系之定义 / 524
学者的观点 / 524
四、体系的形成学说 / 560
A. 概说 / 560
B. 各派学说 / 564
五、体系化的任务 / 572
六、体系形成的方法 / 574
A. 利用编纂概念 / 574
B. 利用类型模块 / 575
C. 利用法律原则 / 594

D. 利用功能概念 / 613

七、体系的种类 / 616

A. 外在体系 / 617

B. 内在体系 / 619

八、法学的建构与体系的建立 / 626

九、体系在法学上的应用 / 630

A. 法条内部之意旨关联 / 631

B. 类型之应用 / 631

C. 利用法律原则补充法律漏洞 / 641

D. 利用体系维持法律的一贯性 / 642

第一章 论 法 源

【目 次】

一、法源的意义

二、法源的表现形式

A. 制定法

B. 法院的裁判

C. 习惯法

D. 契约或协约

E. 学说

F. 国际法

三、法规性命令

四、行政规则

五、自治法规

六、税法上之法规性命令

A. 国会保留

B. 如何委任立法

七、法规性命令在台湾地区之适用情形

A. 法规性命令之制定应经法律授权

B. 如何授权

C. 法规性命令不得超越母法

D. 以法规性命令规范税捐构成要件

八、法规规范之位阶构造

A. 位阶构造及其抵触之效力

B. 无效或得宣告为无效

C. 抵触之疑义的解释

九、“最高行政法院”之判例

十、结论

税捐之课征,会深刻介入纳税义务人之财产权及工作权,影响其自由发展的机会,因此,现代法治国家莫不肯认税捐法定主义,认为没有法律依据,便没有纳税义务(Gesetzesvorbehalt)。然则何谓“法律”?是否限指国会(立法机关)制定之形式意义的法律(Parlamentsvorbehalt)?或者还包括经立法机关授权制定之“法规性命令”(Rechtsverordnung),或甚至包括行政机关基于其职权所颁布之“行政规则”(Verwaltungsvorschriften)?这些问题属于学说上所称之“法源”(Rechtsquelle)问题。其澄清与共识为税捐法定主义之贯彻上的重要基础。以下兹从民主法治国家的观点,分就(1)法源的意义;(2)法源的表现形式;(3)法规性命令;(4)行政规则;(5)自治法规;及(6)税法上之法规性命令说明之。

一、法源的意义

“法源”为借用自“水源”的画像性用语。属于一种利用生活上之具

象存在,比喻概念上之抽象存在的表达方式。虽然因为是比喻难免有误导,但是其比喻还是蛮贴切的。谈水源,如以一口井而论,可以分成几个层次来看:(1)井的地理位置、深浅、大小;(2)井体所在之处的水文;(3)开成之井;(4)井中或取得之水。同样地,论法源也可以分成几个层次来说明:(1)特定时空之政治、经济、社会、历史的事实或关系,特别是政经力量之相对关系,该力量的对比关系可以决定国际法或国内法的立法活动及立法内容。在此意义下,“政经力量”便是法源。(2)立法者或人民对于规范之“法的确信”(Rechtsüberzeugung),或人民对于规范之“承认”,在此,其“法的确信”或“承认”为规范内容之所以汇成社会行为标准的共识基础,具有社会伦理上之“实质的意义”。由于“法的确信”或“法的承认”为规范之效力的实质基础(materieller Geltungsgrund),因此,在此意义下,可将之论为法源。(3)立法行为(Rechtsetzungsakte)带来新法,因此,也有人将之论为法源,例如,立法机关之立法上的决议。(4)只有立法机关才有权作成决议,制定法律,因此,立法机关也可论为法源。(5)有权制定法律之机关所“制定”之“规范”,这些规范随其“制定机关”之不同而有不同的表现形式及称谓,例如“制定法”及“习惯法”、法规性命令。^①

在以上的定义中,政经力量属于政治学、社会学上的观察,法的确信属于法哲学上之价值的观察,立法机关及立法行为属宪法学上关于权力区分之权能的观察,规范之表现形式属于权力区分之权力行使结果的观察。法哲学上之价值的观察结果,属于“实质意义之法律”,权力区分之权能观察的结果,属于“形式意义之法律”。

从政经力量看法源,肯认在各个时期得势的法律观,事实上只是当

^① 请参考 Georg Dahm, Deutsches Recht, 1963, S. 34f.。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



时权力关系的表彰。^①从权力区分的观点看法源,认为“国家”之立法机关享有制定法律的权限,甚至认为其权限是“独占”的。所谓独占,主要指相对于其他“国家”机关(如行政机关、司法机关)之独占,有时兼指相对于人民及地方团体或产职业团体之独占。不过,相对于人民及地方或产职业团体之独占,其某种程度受私法自治及产职业自治的“补充”或“修正”。至于经由私法自治或产职业自治制定之契约或规章究竟只是补充“国家”制定之法规或甚至修正之,属于“国家”权力之垂直划分的问题。一般固然认为私法自治或产职业自治因“国家”之授权而得行使,但在有些情形,“国家”之不为授权会涉及垂直划分权限之“违宪”问题。此外,对于人民主张立法权之独占,也涉及“习惯法”之法源地位的承认问题。

由于法源概念之过度的不确定,Kelsen 建议避免引用,^②不过,从以上的说明可见,法源在学说之各种不同层次的意义,事实皆有其分别要说明的重要观点,实际上可以认为是从不同的角度对于法源的观察结果,分别代表不同之说明利益及价值利益。

^① *Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., 1969, S. 50:*“历史法学派所称随民族、随时代而异之正法(das richtige Recht),也是随个人所属之阶层、人生观及政治立场之不同,而有不同之看法……Karl Marx 及 Friedrid Engels 建立之唯物史观,虽非先验的定律,但至少是法律观之改变的原因之一。”*Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1974, S. 113:*“关于法之发生及其效力的道理可以提出各种不同的问题。例如从历史及社会的观点,可以探寻在某种社会权力关系或其他情况下之特定法秩序或法律的存在原因;从法理的观点可以探寻一个法律、法规性命令、自治规章之“宪法”上的制定依据;从伦理的观点可以探寻法之道德上的负担效力,并在良心或民俗规范中发现其发生的源头……在此称法所来之处为法源。从而在此意义下,法源指实证法的认识基础(Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht)。”关于“行政法”之法源详情请参考 *Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, §§ 24 - 28.*

^② *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1967, S. 238f.*

二、法源的表现形式

依前述法源的表现形式,其态样在“国内法”方面可以分为:(1)制定法;(2)习惯法;(3)法规性命令;(4)自治团体之规章;及(5)契约。此外,法院的判(决)例即使尚未演为习惯法,也常被论为法源之一。唯涉及外国人及内地人民之民事事件,依“内国法”(“涉外民事法律适用法”*)或“台湾地区与内地人民关系条例”^①之规定,有应适用外国法或内地法律的情形。此际,相关之外国法或内地的法律即具有法源地位。^②此外,国际条约或协议经“内国法”针对法定类型明文引用者,对属于该类型之事件亦有直接的拘束力。^③国际条约除有“条约及协议处理准则”**第9条

* 以下“涉外民事法律适用法”指台湾地区“涉外民事法律适用法”。——编者注

① “台湾地区与内地人民关系条例”第41条(民事事件之准据法)、第43条(消极法律冲突之解决)、第44条(公序良俗之维护)、第45条(行为地或事实发生地之跨连)、第46条(行为能力之准据法)、第47条(法律行为之方式)、第49条(法律事实之准据法)、第50条(侵权行为之准据法)、第52条(结婚、离婚方式、要件之准据法)、第53条(结婚、离婚效力之准据法)、第54条(夫妻财产制之准据法)、第57条(亲子关系之准据法)、第58条(监护之准据法)、第60条(继承之准据法)、第61条(遗嘱之准据法)、第62条(捐助之准据法)。

② “高法院”2005年度台抗字第81号民事裁定:“涉及外国人及内地人民之民事事件,依‘内国法’规定应适用外国法或内地法律时,‘内国法院’应适用当时有效之外国法或内地法律之全部,除制定法、习惯法外,其判例亦应包括在内。且该外国法或内地法律仍不失其原有本质,并非将其视为‘内国法’之一部。故‘内国法院’对于该法律之解释,应以该外国或内地之法院所解释为依据,并应考虑其判例、习惯等不成文法,不得以‘内国法院’解释‘内国法’之原则对之解释。次查‘两岸人民关系条例’第56条第1项规定:收养之成立及终止,依各该收养者被收养者设籍地区之规定。本件被收养人邱绍佳为内地人,其收养之成立之准据法为内地收养法。故邱绍佳被黄传宽收养是否合于内地收养法之规定,应以内地之法院所解释或其判例、习惯等为依据。”

③ “计算机处理个人资料保护法”第24条:“非公务机关为国际传递及利用个人资料,而有下列情形之一者,目的事业主管机关得限制之:二、国际条约或协议有特别规定者。”

** 以下“条约及协议处理准则”指台湾地区“条约及协议处理准则”。——编者注

所规定情形外,应依同“处理准则”第11条规定完成批准手续,对于人民始生与“内国法”同一之效力。以下兹就“内国法”部分说明之:

A. 制定法

制定法首先指“立法院”通过之法律。制定法属于形式意义之法律,其效力只有在违反法之实质要求时,始被质疑,此即“恶法亦法”或“恶法非法”的问题。在现代宪制社会,对于恶法的监控,主要靠司法机关(大法官会议)对于法规之“违宪审查”“司法院”*“大法官审理案件法”**第2条)。不过,不论法律为制定法或习惯法,其皆应符合正义之要求,这在“民法”第1条并没有适当地表达出来,该条规定:“民事法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”因为法理所包含者,主要为正义之要求,所以,从“具体规定”对于“一般规定”在适用上的优先关系而论,该条规定之适用顺位固然妥当,此为体系之逻辑关系;但从法律不应违反正义的观点而论,法律与习惯皆应符合法理的要求,始有其效力上的正当性,从而法律或习惯不应违背法理,此为体系之价值关系。

B. 法院的裁判

法院的裁判为对于个别案件所下之法律上的判断,因此,法院的裁判原则上应只是就其所审理之个案,对于该案之当事人及其继承人,而非对于有类似税务案件之所有国民有拘束力。^①是故,法院的裁判不是法律源。此为法律之适用(Rechtsanwendung)与法律之制定(Rechtsetzung)不同之处,而裁判仅是法律之适用。

不过,即使法院的裁判仅是为了个案之审判而适用法律,但“最高法

* 以下“司法院”指台湾地区“司法院”。——编者注

** 以下“大法官审理案件法”指台湾地区“大法官审理案件法”。——编者注

① K. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, S. 1178.

院”在个案之裁判中所表示的“法律见解”，^①基于“法的平等性”(Rechtsgleichheit)、信赖保护(Vertrauensschutz)及“法的安定性”(Rechtssicherheit)仍有其“事实上的拘束力”(Faktische Bindung an die Präjudizien)。^②此固与英美法中判决先例之“形式上的拘束力”(Förmliche Bindung an die precedents im angelsächsischen Recht)有所不同,但法院仍非得不具理由,而不依判决先例中所持见解从事裁判。^③当其裁判之规范依据以法律之解释为基础,则新见解如较为符合法律之立法意旨,便可变更过去裁判的见解。同理,新法的公布实施一样可以引为变更判决先例的理由。当其规范依据以法律补充为基础,则社会事实的变迁、科技的进步常常是过去裁判的见解,所以成为必须变更的正当理由。^④此外,事实上法律之规范内容待法院之解释适用,而具体化、生活化。因此,法院的裁判不论其是仅为法律解释,或进一步涉及法律补充,事实上最后皆赋予法律以与时推移的生命。结果,法院裁判工作的重点越来越多地从单纯根据法源适用法律(Rechtsanwendung),移至法的发现(Rechtsfindung)。^⑤在此意义下,法院的裁判“形式上”固然不是,但在“事实上”却具有法源的意义。唯无论如何,除非法院裁判中所持见解已演变为习惯法,^⑥法院之裁判仍非独立之法源,其拘束力基本上仍依附

① Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 415: “在此,有拘束力的不是法院的裁判全部,而是其在裁判中所表示作为裁判理由的法律见解。而且,只有当其法律见解以法律之中肯的解释或补充为其基础,或以足为示范的方式,将法律原则具体化时,才有拘束力。是否如此,一直得予审查,不论是本庭或他庭所作之裁判,法官不被要求盲目地追随一个判决先例。”

② O. A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1967, S. 246ff., 268ff. (273); Tipke, aaO (FN. 4), S. 1179. 在此所称之事实上的拘束力, M. Kriele 称之为假定的拘束力(präsumtive Bindung)。该拘束力以对于判决先例之正确性的推定为基础(M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 160, 165, 245, 247ff., 258ff.)。

③ Larenz, aaO. (FN. 5) 第 412 页以下; Tipke, aaO. (FN. 4), S. 1179ff. .

④ Germann, aaO. (FN. 6), S. 254ff. .

⑤ Germann, aaO. (FN. 6), S. 275.

⑥ 请参照 Germann, aaO. (FN. 6), S. 268。

在制定法上。^①

有疑问者为,“最高行政法院”*在裁判中所持见解演变为习惯法前,税捐稽征机关在其他案件,是否得具理由或甚至不具理由采取相异之见解稽征税捐?关于这个问题,现行实务显然认为,纵使是“最高行政法院”在裁判中所持见解,在其演变为习惯法前,除对于该判决所审理之本案外,对于行政机关并无拘束力。有一般拘束力者限于“司法院”大法官会议对于法律或命令所作之统一解释(“司法院组织法”**第3条第1项、‘司法院’大法官审理案件法”第2条)。^②

“‘司法院’大法官审理案件法”第7条第1项第1款规定“有下列情形之一者,得声请统一解释:一、‘中央’或地方机关,就其职权上适用法律或命令所持见解,与本机关或他机关适用同一法律或命令时所已表示之见解有异者。但该机关依法应受本机关或他机关见解之拘束,或得变更其见解者,不在此限。”从该款规定观之,该款所规定机关间之见解有

① Dahm, aaO. (FN. 1), S. 35f.

* 以下“最高行政法院”指台湾地区“最高行政法院”。——编者注

** “司法院组织法”指台湾地区“司法院组织法”。——编者注

② “司法院”73.08.03. 大法官会议释字第188号解释“‘中央’或地方机关就其职权上适用同一法律或命令发生见解歧异,本院依其声请所为之一解释,除解释文内另有明定者外,应自公布当日起发生效力。各机关处理引起歧见之案件及其同类案件,适用是项法令时,亦有其适用。唯引起歧见之该案件,如经确定终局裁判,而其适用法令所表示之见解,经本院解释为违背法令之本旨时,是项解释自得据为再审或非常上诉之理由。”该见解亦适用于“确定终局裁判所适用之法律或命令,或其适用法律、命令所表示之见解,经本院依人民声请解释认为与‘宪法’意旨不符”的案件,在这种情形,“其受不利确定终局裁判者,得以该解释为再审或非常上诉之理由,已非法律见解歧异问题。‘行政法院’1973年判字第610号判例,与此不合部分应不予援用”(“司法院”大法官会议释字第185号解释)。

异的情形,除指无隶属关系之行政机关间,^①或行政机关与立法机关间外,^②是否还包括司法机关与行政机关间?司法机关不受行政机关之见解的拘束已经“司法院”释字第216号解释所肯认,^③但行政机关是否不受司法机关(“最高行政法院”或“最高法院”*)之见解的拘束,尚待“司

① “司法院”大法官会议释字第2号解释“‘宪法’第78条规定‘司法院’解释‘宪法’,并有统一解释法律及命令之权。其于‘宪法’则曰解释,其于法律及命令则曰统一解释,两者意义显有不同。‘宪法’第173条规定‘宪法’之解释由‘司法院’为之,故‘中央’或地方机关关于其职权上适用‘宪法’发生疑义时,即得声请‘司法院’解释法律及命令与‘宪法’有无抵触,发生疑义时亦同。至适用法律或命令发生其他疑义时,则有适用职权之‘中央’或地方机关,皆应自行研究,以确定其意义,而为适用,殊不许其声请‘司法院’解释之理由。唯此项机关适用法律或命令时,所持见解与本机关或其他机关适用同一法律或命令时所已表示之见解有异者,苟非该机关依法应受本机关或其他机关见解之拘束,或得变更其见解,则对同一法律或命令之解释,必将发生歧异之结果,于是乃有统一解释之必要,故限于有此种情形时,始得声请统一解释。本件‘行政院’转请解释,未据原请机关说明所持见解与本机关或其他机关适用同一法律时所已表示之见解有异,应不予解释。”

② 请参见“司法院”大法官会议释字第387号关于“立法”委员任期届满改选后第一次集会前,内阁是否应总辞,“司法院”90.01.15.大法官会议释字第520号关于主管机关依职权停止法定预算中部分支出项目之执行,是否当然构成违“宪”或违法之疑义的解释。

③ “司法院”大法官会议释字第216号解释“法官依据法律独立审判,‘宪法’第八十条载有明文。各机关依其职掌就有关法规为释示之行政命令,法官于审判案件时,固可予以引用,但仍得依据法律,表示适当之不同见解,并不受其拘束,本院释字第一三七号解释即系本此意旨;司法行政机关所发司法行政上之命令,如涉及审判上之法律见解,仅供法官参考,法官于审判案件时,亦不受其拘束”。除如前述,司法机关不受行政机关之法律见解的拘束外,关于事实之认定,亦然。例如“司法院”大法官会议释字第407号解释:“主管机关基于职权因执行特定法律之规定,得为必要之释示,以供本机关或下级机关所属公务员行使职权时之依据……有关风化之观念,常随社会发展、风俗变异而有所不同,主管机关所为释示,自不能一成不变,应基于尊重‘宪法’保障人民言论出版自由之本旨,兼顾善良风俗及青少年身心健康之维护,随时检讨改进。至于个别案件是否已达褻亵程度,法官于审判时可就具体案情,依其独立确信之判断,认定事实,适用法律,不受行政机关函释之拘束,乃属当然。”

* 以下“最高法院”指台湾地区“最高法院”。——编者注

法院”予以厘清。^①以形势论,因个案之争议最后终审于司法机关,所以对于个案,司法机关原则上有最后的决定权。^②是故,关于特定法律规定之解释,除非基于法律之特别规定,行政机关享有判断余地,就其解释之结果得拘束司法机关。否则,在个案最后总是以司法机关的意见为准。不过,有时因为“行政法院”各庭关于“税法”的见解不同,也会使税捐稽

① 关于这个问题,Tipke就德国法所表示之下述见解可供参考:“因为法律也直接(§§ 11 IV, 115 II Nr.1 FGO)或间接(§ 176 I AO; § 122 II FGO)肯认联邦财政法院(BFH)之判决的原则性及与之相随之(事实上的)一般拘束力,所以财政行政机关原则上也必须接受联邦财政法院的判解。唯由于财政机关亦有责任发现正法……自亦也有权利在一般的适用该判解之前审酌之。唯应当只有在判解由财政部看来显然在法上站不住脚的情形,始可宣布不予适用……而且不予适用之宣布应附以理由以符公开与公平的要求。此外,基于法安定性的理由,并将之公告于联邦税务公报……不过,不应单纯为了财政理由而将联邦财政法院的判解宣告为无可适用性……只要系争之判解在于确保税捐法制的进步,财政行政机关之单独的或与立法机关合作起来之反对司法的行为皆是违背法治国家原则的。反之,阻挡司法机关开启法制之错误的发展亦为财政行政机关依法治国家原则所当负的责任。立法机关如有违宪之不当的情事,税务法院应向宪法法院声请解释。”(Tipke, aaO. (FN.4), S. 1183f.)

② “司法院”83.12.09.大法官会议释字第368号解释:“‘行政诉讼法’第四条‘行政法院之判决,就其事件有拘束各关系机关之效力’,乃本于‘宪法’保障人民得依法定程序,对其争议之权利义务关系,请求法院予以终局解决之规定。故‘行政法院’所为撤销原决定及原处分之判决,如系指摘事件之事实尚欠明了,应由被告机关调查事证另为处分时,该机关即应依判决意旨或本于职权调查事证。倘依重为调查结果认定之事实,认前处分适用法规并无错误,虽得维持已撤销之前处分见解;若‘行政法院’所为撤销原决定及原处分之判决,系指摘其适用法律之见解有违误时,该管机关即应受‘行政法院’判决之拘束。‘行政法院’1971年判字第第三十五号判例谓:‘本院所为撤销原决定及原处分之裁判,如于理由内指明由被告官署另为复查者,该官署自得本于职权调查事证,重为复查之决定,其重为复查之结果,纵与已撤销之前决定持相同之见解,于法亦非有违’,其中与上述意旨不符之处,有违‘宪法’第十六条保障人民诉讼权之意旨,应不予适用。”前述解释中所引“行政诉讼法”原第4条规定在1998.10.28经修正为第216条:“撤销或变更原处分或决定之判决,就其事件有拘束各关系机关之效力(第1项)。原处分或决定经判决撤销后,机关须重为处分或决定者,应依判决意旨为之(第2项)。前两项之规定,于其他诉讼准用之(第3项)。”类似意旨亦规定于“诉愿法”(2000.06.14.修正)第95条“诉愿之决定确定后,就其事件,有拘束各关系机关之效力;就其依第十条提起诉愿之事件,对于受委托行使公权力之团体或个人,亦有拘束力”。

征机关莫衷一是。^① 倘行政机关因之受制于司法机关,而又认为司法机关的见解未必正确时,可依“‘司法院’大法官审理案件法”第7条第1项第1款规定声请“司法院”大法官统一解释法律,以化解僵局。

学说上有主张,将法院的裁判径论为法源,赋予规范性拘束力者。^②

^① 关于虚报进项税额,其漏税罚问题,虽然因大法官会议释字第337号解释及“行政法院”第三庭在1996年度判字第493号判决采无漏税结果,即无漏税罚的观点,而在漏税罚方面略见缓和,但在行为罚之科处上还是相当不易沟通。目前只要涉及有交易事实,而虚报进项税额,行为罚除因与漏税罚竞合而免罚外,几乎必课。至于补税,“行政法院”第三庭与第五庭的见解,则意外地互相摆荡于补与不补之间。其结果自然也减损了“最高行政法院”关于税法之见解在税捐稽征机关的权威性。详情请参考黄茂荣:“虚报进项税额之罚则”,本文刊载于《植根杂志》第13卷第9期,第383页以下。

^② *Larenz, aaO. (FN. 5), S. 415 Anm. 153.* 关于这个问题, *Esser* 认为:法源的看法是“观点及称呼的问题”(Anschauungs- und Bezeichnungs-problem),我们到底要将法源了解为“法制化的过程”(Positivierungs-vorgang),亦即当做建立实证法之社会事实或制度;或将之了解成像自然法学者所称之客观、明了的法律真理(Rechtswahrheiten)? 后者我拟称之为法律之认识源(Rechtserkenntnisquelle)。此种对极化的安排:将“权威”与“法理”反映到法源问题来。对我们来说,在认识上(erkenntnismäßig)法的拘束力不只是以一个命令层次之形式的立法行为作依据,而系以实质(Substanz)为其内容之理想的存在(ein ideales Sein)为基础,后来始经其价值结构(Wertstruktur)及实证将之转为法源。然则该价值秩序如何能成功地挺过与之全然不同之权力表现的世界(die Welt der Machtäußerungen),以及该权力的表现如何成功地具有该理想存在的质地?……我认为,系借助于造法者之企图关系,执法者及遵守法律而生活者之理解关系……在此意义下,带有法律效力之有意的、造法的社会行为是为实际上的法源;至于法律原则自己则非法源,必须直到有一个取向于法律原则之行为,取得具体之法律效力时,始成为法源。要之,使新法规取得效力之社会行为为实在的法源(Realität der Rechtsquelle)……不过,社会行为并不需要是单一的行为(如立法机关之立法行为),它也可以是继续之同样的惯行(如习惯法),或制度上之权威的表现(如法官造法)。其中,依不同之实证法体制,有个别之裁判便享有制度上之权威者,也有必须是继续(相同见解)之裁判,或仅具有特别资格之位阶或内容之裁判才享有制度上之权威者。唯无论如何,将个别之裁判或行政处分称为法源,总是会有为难,盖议会之决议或裁判之行为并非法源。立法行为或司法行为固然创造法律规范,但其效力基础仍在于各该宪法所定,得创造法律之行为的体制及组织。司法作为制度,在今日对其法源性格鲜有争议。法官造法所必须之权威,在今日也为各方所肯认。有拘束力之造法规范的存在,使正义原则中未经各该领域定于实证法者,在具体化后其事后审查成为可能。该等正义原则之角色,不系于实证法中某一可能的观点,或自然法的驱策。其角色全然依司法之补充、完善及更新法律的固有任务定之。在此范围内,裁判是制度上的法源。”(*Esser, Grundsatz und Norm, 2. Aufl. 1964, S. 132ff. [134ff.]*)。在这里,正义原则与法院之裁判间的关系为:正义原则经法院之裁判具体化后,取得其充为法源所需要之“形式”;法院之裁判,因以经具体化之正义原则为其内容,而取得其成为法源所需要之“实质”。

这不是一个妥当的做法,盖如此主张不但混淆了“立法”与“司法”的分际,而且也使法院之裁判或见解趋于固定或僵化,难以适应变动不羁之经社活动的需要。

C. 习惯法

所谓习惯法,其形成在台湾地区实际上认为应满足下述要件:(1)有事实上之惯行;(2)对该惯行,其生活(交易)圈内的人对之有法的确信;^①(3)惯行之内容不悖于公序良俗。其中,事实上惯行之存在为一种“事实”,“法的确信”是该惯行流行之生活(交易)圈中人之主观上的态度,“不悖于公序良俗”则为从社会生活的角度对于惯行之“实质”内容的监控。

当事实上惯行满足前述要件,该惯行即转变为“习惯法”,成为法源之一。在法律体系中,其位阶与制定法相同。习惯法在实际应用上的困难是,如何认知其发生之构成要件业经满足。比较实际的标准,常常是经由法院在裁判中引用,甚至将之宣称为已演成习惯法。自此而论,习惯法与裁判在法源上有重要的关联。习惯法借裁判的途径,裁判借习惯法之名,取得其形式上的法源地位。^②因此,不但民间的惯行,而且法院的裁判都必须演变为习惯法后,始有规范上的拘束力,取得法源的资格。^③

① 此种圈内人之法的确信,主要指适用该惯行从事经社活动者之法律观,而非裁判者、立法者或行政人员之法律观。唯在实际上,圈内人之法律观如与公权力机关不同,其法律观可能会被定性为违反“公序良俗”。此外,学说、舆论的看法为何,对于“法的确信”之有无的判断,也有重要的影响。这些看法不仅适用于民间惯行,而且也适用于法院的一贯裁判,以判断其是否已具有要转变为“习惯法”所需要之“法的确信”。详请参考前掲书第6页注②,第416页。

② Hans Kelsen, aaO. (FN. 3), S. 230ff. (S. 234f.). 另请参照 Dahm, aaO. (FN. 1), S. 36f.

③ Larenz, aaO. (FN. 5), S. 416. 学说同样也必须经由“最高法院”或“最高行政法院”之裁判的肯认,首先取得判决先例之事实上的拘束力,而后在成为法院所采取之一贯见解的持续性下,逐步演变为习惯法,成为实证法上的制度(Tipke, aaO. (FN. 4), S. 1180)。

Kelsen 认为：“习惯法与制定法的关系间，在竞合时，依特别法的原则决定其适用顺位。制定的普通法固然不能废止形式意义之宪法，而只能由此种宪法自己废止或修正之，但习惯法对于形式意义之宪法却也有修废的效力，即使宪法明文排除习惯法之适用者亦然”，其道理为，依 Savigny 代表之德国历史法学派的看法认为，“法（律）既非经由立法，也非经由习惯，而系经由民族精神产生，不论经由此种或他种程序，皆仅在于确认早已生效之法（律）的存在……依此理论，立法或习惯皆非创设，而是宣示性地主张经确认之法律的效力……此为自然法学派的一种看法……对于实证法学，虽不认为有想像中存在之民族精神，但对于习惯与立法同具有创设法（律）的功能，并无怀疑。”^①唯 Kelsen 对于为何无疑，并未进一步说明。审其理由应在于“习惯”符合现代“宪制”上，立法应由人民参与之“民主原则”，且习惯法之形成，比立法机关之制定法律，有受规范之人民更广泛及直接之参与。关于“习惯法或制定法，何者应该比较优越”的问题。Savigny 认为，人们宁可让默默运转之内在的力量，而不让立法者的恣意演进法律；类似的，Jhering 认为，目的才是全部法的创造者。^②

就与税捐债务之发生有关之构成要件的规定，肯认国会保留的立法例，其税捐法上，是否有习惯法之发展余地，倾向于采否定的看法。反之，在这方面采比较宽松之要求的立法例，则有采肯定见解的可能。唯即便认为，立法机关可以有限度地授权行政机关制定法规性命令具体化、解释或甚至补充税捐法中之一部分构成要件的规定，亦不宜因此流于浮滥。是故，在法治国家原则之实践中，关于税捐法上之习惯法的肯认或发展，一直都应该极为小心处理、应对，不可以有过度躁进的做法。基于基本权利的保障，在税捐构成要件之文义范围内，或在法律效力之裁量余地内都有可能发展出习惯法。其作用为限制税捐机关之解释或

① Hans Kelsen, aaO. (FN.3), S. 233f. .

② Gustav Radbruch, aaO. (FN.2), S. 48.